OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-700285/2/Sr/MR

Datum:
Linz, 3. August 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde des A A, geb. am x, StA des I, X, gegen das Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von Oberösterreich vom 2. Juni 2017, VStV/917300526993/2017, wegen einer Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit stattgegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird.

II. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG entfällt für den Beschwerdeführer die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 2. Juni 2017, VStV/917300526993/2017, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) gemäß § 120 Abs 1a iVm § 31 Abs 1 FPG, BGBl I 144/2013 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, eine Geldstrafe iHv 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führte dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie halten sich als Fremder (2 Abs 4 Z 1 FPG) wie am 03.04.2017 anlässlich einer Überprüfung durch die Behörde festgestellt werden konnte, nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und dürfen während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden. Sie waren auch nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassung- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Weder waren Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch bestand ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie haben keine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, keine Entsendebewilligung, keine EU-Entsendebestätigung, keine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder keine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten inne und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich auch nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften. Somit liegen keine Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt vor.
Ihr Asylverfahren wurde mit Bescheid vom 02.03.2017 gem. § 5 AsylG in I. Instanz wegen Unzuständigkeit Österreichs, rechtskräftig mit 17.03.2017, zurückgewiesen. Somit halten Sie sich seither ohne jegliche Berechtigung im Bundesgebiet auf.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz iVm. § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz BGBl. I Nr. 144/2013 idgF.“

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde gemäß § 120 Abs 1a FPG eine Geldstrafe von 500,00 Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 3 Tagen verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung von Beamten der Fremdenpolizei der Landespolizeidirektion Oberösterreich zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Sie stellten am 19.12.2016 einen Asylantrag. Dieser Antrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 02.03.2017 gem. § 5 AsylG in I. Instanz, rechtskräftig mit 17.03.2017, wegen Unzuständigkeit von Österreich, zurückgewiesen. Seither halten Sie sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf.

Gegen Sie wurde eine Strafverfügung vom 03.04.2017 erlassen, die von Ihnen am 06.04.2017 persönlich übernommen wurde.
Dagegen wurde mit Schriftsatz vom 11.04.2017 ein Rechtsmittel - Einspruch erhoben. Ihren Einspruch begründen Sie wie folgt:
Erst mit Zustellung der Strafverfügung haben sie von einer zurückweisenden Entscheidung in ihrem Asylverfahren erfahren. Da es sich um ein „Dublin-Verfahren" handelt, sind die österreichischen Behörden verpflichtet die Überstellung durchzuführen. Da die österreichischen
Behörden eine Überstellung noch nicht durchgeführt haben, kann ihnen nicht vorgeworfen werden.
Der Asylbescheid wurde Ihnen am 02.03.2017 persönlich übergeben. Sie halten sich somit mit Rechtskraft am 17.03.2017 illegal im Bundesgebiet auf. Es wäre Ihnen freigestanden, dass Land freiwillig zu verlassen.

Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumsfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
5. (aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, in der geltenden Fassung, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen

Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.
Das FPG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Beschuldigter initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.
Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl in Frage, indem Sie im Einspruch vorbringen, einen Wiedereinsetzungsantrag verbunden mit einer Beschwerde einbringen zu wollen.
Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.
Sie wenden nun ein, dass Sie sich nie einem Abschiebeverfahren entzogen hätten und man Ihnen kein Nichtmitwirken vorwerfen könne.
Dabei übersehen Sie aber, dass es (im hier relevanten Tatzeitraum) durchaus ihre Pflicht gewesen wäre und auch noch immer ist, freiwillig auszureisen, denn es kann ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die belangte Behörde schloss ihre Ausführungen mit Erwägungen zur Strafbemessung.

2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde an das Verwaltungsgericht, in der er beantragte, dieses möge das angefochtene Straferkenntnis beheben.

Begründend führte er im Wesentlichen aus, dass sein Asylverfahren als „Dublin-Verfahren“ geführt worden sei und mit der Entscheidung beendet worden sei, dass seine Abschiebung nach Ungarn für zulässig erklärt und seine Außerlandesbringung angeordnet worden sei. Eine freiwillige Ausreise sei in einem solchen Fall nicht vorgesehen und könne ihm der Sachverhalt, dass die österreichischen Behörden die gebotene Überstellung nicht vorgenommen hätten, nicht angelastet werden. Mangels Reisedokumenten sei ihm eine selbstständige Ausreise zudem nicht möglich.

3. Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Oö. Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II.1. Das Oö. Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Zudem wurde eine Auskunft beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl betreffend den aktuellen Verfahrensstand des Asylverfahrens des Bf sowie die Information betreffend Ausreiseverpflichtung nach rechtskräftig negativer Entscheidung eingeholt. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, weil im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und die Durchführung einer Verhandlung von keiner Partei beantragt wurde (§ 44 Abs 3 Z 3 VwGVG).

2. Das Oö. Landesverwaltungsgericht geht von folgendem Sachverhalt aus:
Der Bf ist i. Staatsangehöriger. Sein Asylantrag vom 19. Dezember 2016 wurde mit Bescheid des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl vom 2. März 2017 gemäß § 5 Asylgesetz 2005 wegen Unzuständigkeit von Österreich zurückgewiesen und eine Anordnung zur Außerlandesbringung (Ungarn) nach § 61 FPG ausgesprochen. Dieser Bescheid ist am 17. März 2017 in Rechtskraft erwachsen.

Der Bf ist nach Rechtskraft der Entscheidung des BFA nicht ausgereist und hält sich nach wie vor in Österreich auf.

Im Rahmen der Rechtsberatung wurde der Bf über die Verpflichtung, ab Rechtskraft der Anordnung zur Außerlandesbringung freiwillig in den Zielstaat Ungarn auszureisen, belehrt.

Mit Wirkung vom 12. Juli 2017 wurde der Bescheid des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl vom 2. März 2017 gemäß § 68 aufgehoben, weil eine Überstellung nach Ungarn innerhalb von sechs Monaten nicht möglich war. Im nunmehrigen Verfahren wird der Asylantrag des Bf inhaltlich geprüft.

3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen in der Beschwerde. Dass der Antrag des Bf auf internationalen Schutz nach vorheriger Aufhebung des zurückweisenden Bescheids durch das BFA nunmehr inhaltlich geprüft wird, weil eine Außerlandesbringung nach Ungarn nicht erfolgen konnte, ergibt sich aus der Auskunft des BFA vom 25. Juli 2017. Ebenso der Umstand über die Belehrung betreffend die Verpflichtung zur freiwilligen Ausreise.

III. 1. Die hier anzuwendenden Rechtsvorschriften des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG), BGBl I 2005/100 idF BGBl I 24/2016, lauten – auszugsweise – wie folgt:

„Voraussetzung für den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet

§ 31. (1) Fremde halten sich rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.
(1a) Liegt kein Fall des Abs. 1 vor, halten sich Fremde nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf; dies insbesondere, wenn sie
1. auf Grund eines Rückübernahmeabkommens (§ 19 Abs. 4) oder internationaler Gepflogenheiten rückgenommen werden mussten,
2. auf Grund einer Durchbeförderungserklärung, sonstiger zwischenstaatlicher Abkommen oder auf Ersuchen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union um Durchbeförderung (§ 45b Abs. 1) oder auf Grund einer Durchlieferungsbewilligung gemäß § 47 ARHG oder § 35 des Bundesgesetzes über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), BGBl. I Nr. 36/2004, eingereist sind,
3. geduldet sind (§ 46a) oder
4. eine Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55 erhalten haben.
[...]

Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. [...]
(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2 500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis zu 7 500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.
(5) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1a liegt nicht vor,

1. wenn die Ausreise nur in ein Land möglich wäre, in das eine Abschiebung unzulässig (§ 50) ist;
2. solange der Fremde geduldet ist (§ 46a),
3. im Fall des Aufenthalts eines begünstigten Drittstaatsangehörigen ohne Visum,
4. solange dem Fremden die persönliche Freiheit entzogen ist oder
5. während der Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55.

[...]

(7) Eine Verwaltungsübertretung nach Abs. 1 oder 1a liegt nicht vor, wenn der Fremde einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und ihm der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde. Während des Asylverfahrens ist das Verwaltungsstrafverfahren unterbrochen."

Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter dem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Gemäß § 38 VwGVG ist diese Bestimmung für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht anzuwenden.

2. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

2.1. Vorweg ist festzustellen, dass sich der Bf durch die Fortführung seines Asylverfahrens im Wege des § 68 AVG mit 12. Juli 2017 nunmehr gemäß §§ 12 f Asylgesetz 2005 zulässig in Österreich aufhält (keine ex-tunc Wirkung der aufhebenden Entscheidung nach § 68 AVG).

2.2. Der Bf bestreitet nicht, dass er sich ab Rechtskraft der Entscheidung vom 2. März 2017 bis zur Erlassung des Straferkenntnisses durch die belangte Behörde unrechtmäßig in Österreich aufgehalten hat, sondern moniert lediglich, dass er trotz seines unrechtmäßigen Aufenthalts nicht bestraft werden könne, weil iSd § 45 Abs 1 Z 2 VStG Umstände vorlägen, die seine Strafbarkeit aufheben würden. An der Erfüllung des objektiven Tatbestands besteht somit kein Zweifel.

2.3. Die Bestrafung einer Verwaltungsübertretung setzt – neben der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer Verbotsnorm – Verschulden voraus. Für das in Rede stehende Delikt ist keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens normiert, weshalb § 5 Abs 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht

glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung nach § 120 Abs 1a FPG stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 1.10.1997, 96/09/0007).

Der Bf bringt zwar vor, dass Umstände vorlägen, die seine Strafbarkeit aufheben bzw ausschließen würden, Vorbringen, das Zweifel hinsichtlich seines Verschuldens am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung aufkommen ließe, hat der Bf jedoch nicht erstattet. Aus den Ausführungen des Bf im Beschwerdeschriftsatz, wonach sein „weiterhin unrechtmäßiger Aufenthalt“ kein strafbares Verhalten darstellen könne, lässt sich vielmehr ableiten, dass ihm sein unrechtmäßiger Aufenthalt im Inland durchaus bewusst war und er dies auch billigend in Kauf nahm.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten. Der von ihm vorgebrachte Irrtum über die Strafbarkeit ist unbeachtlich (vgl *Höpfel* in *Höpfel/Ratz,* WK^2 StGB § 9 Rz 6).

2.4. Mit seinem Vorbringen, wonach Umstände vorliegen würden, die die Strafbarkeit aufheben bzw ausschließen würden, weil eine freiwillige Ausreise im Dublin-Verfahren nicht vorgesehen sei und ihm die unterlassene Überstellung nach Ungarn durch die österreichischen Behörden nicht angelastet werden könne, gelingt es dem Bf nicht, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids aufzuzeigen:

Gemäß Erwägungsgrund Nr 24 der Dublin III-Verordnung können „Überstellungen“ in den für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat „auf freiwilliger Basis, in Form der kontrollierten Ausreise oder in Begleitung erfolgen“. Demnach sollen sich die Mitgliedstaaten insbesondere durch entsprechende Information des Antragstellers für Überstellungen auf freiwilliger Basis einsetzen. Auch aus der Rechtsprechung des VwGH geht hervor, dass die Anordnung zur Außerlandesbringung einen „Ausreisebefehl“ enthält. Von einer Rückkehrentscheidung iSd § 52 FPG, die den Drittstaatsangehörigen zur Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland oder einen anderen Drittstaat verpflichte, unterscheide sie sich nur hinsichtlich des Zielstaates (vgl Ra 2015/21/0004). Ebenso ergibt sich aus den Materialien zu § 61 FPG, dass auch im Falle der Anordnung zur Außerlandesbringung eine freiwillige Ausreise vorgesehen ist (EBRV 1803 BlgNR 24. GP 68).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Bf verpflichtet gewesen wäre, ab Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des BFA vom 2. März 2017 selbstständig

nach Ungarn auszureisen. Der von ihm geltend gemachte Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgrund liegt somit nicht vor.

Über diese Pflicht zur Ausreise ab Rechtskraft der Entscheidung des BFA wurde der Bf im Rahmen der Rechtsberatung nach dem BFA-VG auch belehrt.

3. Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG kann von der Fortführung eines Strafverfahrens abgesehen und die Einstellung verfügt werden, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann der Beschuldigte unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ermahnt werden, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

3.1. Zweck des § 120 Abs 1a FPG ist es, den rechtswidrigen Aufenthalt sowie die rechtswidrige Einreise nach Österreich hintanzuhalten. Hinsichtlich der Bedeutung dieses Rechtsguts ist im abstrakten Vergleich zu den persönlichen Werten wie etwa dem Recht auf Leben oder dem Recht auf körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, etc grundsätzlich von einer deutlich geringeren Bedeutung des hier in Rede stehenden Rechtsguts auszugehen (zum Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter vgl *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeinter Teil[13] Z 12 Rn 21).

Ab Stellung seines Asylantrags am 19. Dezember 2016 hielt sich der Bf bis zur rechtskräftigen Zurückweisung dieses Antrags mit 17. März 2017 gemäß §§ 12 f Asylgesetz 2005 zulässig in Österreich auf. Durch die Fortführung seines Asylverfahrens im Wege des § 68 AVG mit 12. Juli 2017 gilt dies auch ab diesem Zeitpunkt bis zur Erlassung einer neuerlichen rechtskräftigen Entscheidung, sodass sich der Bf nur im dazwischen liegenden Zeitraum unrechtmäßig in Österreich aufhielt.

Unter Berücksichtigung vorstehender Umstände kann die gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG erforderliche Voraussetzung der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und der geringen Intensität der Beeinträchtigung, insbesondere unter Ansehung des insgesamt überwiegend rechtmäßigen Aufenthalts des Bf in Österreich, daher als erfüllt angesehen werden.

3.2. Darüber hinaus setzt § 45 Abs 1 Z 4 VStG für die Einstellung des Strafverfahrens bzw die Erteilung einer Ermahnung voraus, dass das Verschulden gering ist. Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl noch zu § 21 Abs 1 VStG aF VwGH vom 6. November 2012, 2012/09/0066). Solches kann auch bei vorsätzlichem Handeln des Täters der Fall sein, allerdings nur dann, wenn besondere Umstände bei der Begehung der Tat, wie zB eine dringende Notlage

diesen Schluss rechtfertigen (vgl *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6], 1369 mwN).

Im bekämpften Straferkenntnis bleibt unbestritten, dass keine Anstrengungen unternommen wurden, den Bf nach Ungarn zu überstellen, vielmehr wurde ihm fahrlässiges Verhalten vorgeworfen, weil er die Ausreise nach Ungarn nicht von sich aus unternommen hat. Wie sich nunmehr ergeben hat, ist bzw war eine Überführung nach Ungarn nicht möglich, weil die 6-Monats-Frist zur Kontaktaufnahme mit den ungarischen Behörden und Überführung abgelaufen ist. Daher wurde der zurückweisende Bescheid behoben und wird das Asylverfahren des Bf nunmehr inhaltlich in Österreich geführt. In Gesamtbetrachtung dieser besonderen Umstände war das Verschulden des Bf als gering zu beurteilen, auch wenn ihm letztlich bewusst war, dass er sich unrechtmäßig in Österreich aufhielt.

3.3. Im Hinblick auf den noch ungewissen Ausgang des nunmehr wieder anhängigen Asylverfahrens und die Möglichkeit einer neuerlichen negativen Entscheidung, die den Bf zur Ausreise aus Österreich verpflichten würde, ist es nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich geboten, den Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu ermahnen. Dies ist notwendig, um dem Bf klar zu machen, dass er im Falle einer neuerlichen negativen Entscheidung bei nicht rechtzeitiger Ausreise aus Österreich einen Straftatbestand verwirklicht.

4. Im Ergebnis war der Beschwerde insoweit stattzugeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird. Hinsichtlich Spruchpunkt II ist festzuhalten, dass gem § 52 Abs 8 VwGVG die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen sind, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, zumal insbesondere die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung stets auf den Einzelfall bezogen zu beurteilen sind.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider